

Auxílios do Estado – introdução ao conceito à luz do
artigo 107º do TFUE e do atual contexto europeu

State Aid – introduction to the concept under article
107 of the TFEU and the current European context

CARLA MARCELINO

VOL. 3 Nº 2 NOVEMBRO 2016

WWW.E-PUBLICA.PT

AUXÍLIOS DO ESTADO - INTRODUÇÃO AO CONCEITO À LUZ DO ARTIGO 107º DO TFUE E DO ATUAL CONTEXTO EUROPEU

STATE AID – INTRODUCTION TO THE CONCEPT UNDER ARTICLE 107 OF THE TFEU AND THE CURRENT EUROPEAN CONTEXT

CARLA MARCELINO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

carlamarcelino@cscs.pt

O presente trabalho fornece pistas para a definição dos elementos que estão subjacentes ao conceito de Auxílio do Estado no contexto legislativo e jurisprudencial comunitário, de forma a auxiliar a sua interpretação por parte dos agentes envolvidos na sua concessão. Por outro lado, é revelador da importância deste mecanismo de política pública a evolução do recurso a estas medidas no período de crise económica que atravessou a Europa, sendo de esperar que a proteção da concorrência no mercado comunitário seja, nesse contexto, um desafio maior para as instituições e para os Estados-Membros.

This study provides clues for the definition of the elements that underlie the concept of State aid in the legislative and jurisprudential Community context, in order to assist its interpretation by the agents involved in its concession. On the other hand, it reveals the importance of this public policy engine evolution of the use of these measures in the economic crisis period in Europe, so it is expected that the protection of competition on the Community market is, in this context, a greater challenge for institutions and Member States.

Palavras-chave: Auxílio; Estado; proibição; crise; concorrência.

Keywords: Aid; State; prohibition; crisis; competition.

Sumário:

1. Introdução
2. Elementos definidores do conceito de auxílio do Estado
 - 2.1. Autoria
 - 2.2. Destinatários
 - 2.3. Formas ou tipos de medidas
 - 2.4. Efeitos sobre a concorrência
3. O princípio da proibição da concessão de auxílio
4. Serviços de interesse económico geral e critérios *Altmark*
5. A regra de *minimis*
6. Os auxílios do Estado no contexto político e económico atual

1. Introdução

A construção do direito da concorrência no mercado interno equilibra dois princípios fundamentais. Por um lado, a livre circulação de bens e serviços num espaço integrado e sem fronteiras e, por outro lado, a necessidade de implementar políticas de concorrência que controlem a atuação dos Estados-Membros e das empresas.

A concorrência é um dos principais pilares do crescimento económico e fonte de incentivo à inovação, desempenho e produtividade, princípios preconizados pelo direito comunitário.

A proibição da concessão pelo Estado de auxílios a determinadas empresas visa proteger a concorrência e garantir que a atuação governativa não distorce o normal funcionamento do mercado. Todavia, o contexto económico circunstancial, a defesa de valores superiores de equidade e justiça e a implementação de determinadas políticas económicas estratégicas permitem aos Estados adotar, a favor de determinada empresa, medidas de apoio excecionais.

As várias questões que se colocam hoje sobre esta matéria, inevitavelmente sequenciais à crise económica, financeira e política que atravessou a União Europeia e cujos efeitos ainda se verificam, relevam para uma reflexão mais profunda sobre o papel das instituições europeias, especialmente da Comissão Europeia, quanto ao controlo aos auxílios do Estado e a evolução do seu conceito no contexto atual e futuro.

Com efeito, por consequência da crise económica e financeira que se incrementou em 2008 e nos anos seguintes na Europa, o grau de excecionalidade da atribuição de medidas públicas de auxílio a particulares parece ter-se alterado, sendo de esperar que mais medidas sejam concedidas a entidades que delas possam beneficiar, desde que ainda cumpram os requisitos previstos no Tratado de Funcionamento da União Europeia. Não se retira por conclusão que os requisitos sofreram uma alteração conceptual, mas antes, que a Comissão Europeia registou um acréscimo significativo de pedidos de concessão de auxílios, por consequência dos Estados Membros se virem confrontados com a necessidade de recurso a medidas intervencionistas sobretudo no setor financeiro¹.

* Advogada associada da sociedade de advogados CSA – Correia, Seara, Caldas, Simões e Associados, em Lisboa. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2009, terminou a parte curricular do mestrado científico em Direito da Concorrência e Regulação Económica em 2015. Exerceu funções como adida assistente na Missão Permanente de Portugal junto das Nações Unidas em Nova Iorque em 2011 e estagiou na Autoridade da Concorrência em 2014, na Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas (carlamarcelino@cscs.pt).

1. Entre 1 de outubro de 2008 e 1 de outubro de 2014, a Comissão registou mais de 450 decisões de autorização de auxílios estatais ao setor financeiro. A maior parte destes auxílios representava garantias sobre as responsabilidades. No entanto, os Estados-Membros não utilizaram ou implementaram de facto todo o auxílio aprovado. As garantias e outras formas de apoio à liquidez atingiu o seu pico em 2009. A intensidade da crise diminuiu em muitos países da UE uma vez que, o saldo de apoio à liquidez diminuiu significativamente em 2013. Entre 1 de outubro de 2008 e 1 de outubro de 2014, a Comissão autorizou um auxílio total de

Especialmente sensível neste período foi o tratamento pela Comissão Europeia das medidas de apoio financeiro ao setor bancário, que redefiniu como prioritária a estabilidade no setor financeiro para a solidez dos mercados e das finanças públicas, o que necessariamente redirecionou a intervenção do Estado na economia. As diversas comunicações emitidas pela Comissão entre 2008 e 2013 revelam a forte preocupação neste setor, que foi especialmente abrangido por medidas de apoio público, consideradas excecionais, quer pela relevância estrutural e vulnerabilidade do setor, quer pela persistente tensão provocada nos mercados da dívida soberana².

Todavia, a preocupação de manter a excecionalidade na atribuição das medidas, recorrendo à avaliação simultânea e paradoxal da emergência e do grau do impacto sobre a concorrência, levou a Comissão a adotar uma visão estratégica, que embora avaliando caso a caso os respetivos planos de reestruturação e medidas de apoio, definiu como prioritária a estabilidade do setor financeiro, que se refletiu na produção de legislação conducente à uniformização de regras e procedimentos neste setor estruturante da economia dos Estados-Membros³.

Será, neste contexto, fundamental quer para as empresas, quer para os agentes públicos concessionários de auxílios, apreender os vários elementos do conceito, para que possam de forma preventiva evitar o recurso a medidas proibidas pelo Tratado, por distorcerem as relações comerciais no mercado comunitário.

3. Elementos definidores do conceito de auxílio do Estado

Os auxílios do Estado são, por princípio, proibidos pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Com efeito, o auxílio do Estado representa genericamente a atribuição de uma vantagem, conferida numa base seletiva a uma entidade privada, por uma entidade pública, e que causa um efeito distorcivo e por isso, nefasto, no comércio entre os Estados-Membros.

3 EUR 892,6 bilhões (29,8% do PIB da UE em 2013) para garantias sobre as responsabilidades. Isso ajudou a estabelecer a confiança nos mercados financeiros, enquanto as instituições financeiras têm efetivamente utilizado menos de um quarto do montante aprovado. O montante em dívida atingiu o pico em 2009 em EUR 835,8 bilhões (6,39 % do UE 2013 PIB), e tem diminuído desde então. Em 2013, garantias pendentes totalizou EUR 352,3 bilhões (2,7% do da UE 2013 PIB).

(in http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/financial_economic_crisis_aid_en.html).

2. Vide Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira (comunicação sobre o setor bancário) (2013/C 216/01), in Jornal Oficial da União Europeia de 30.07.2013.

3. Sendo ilustrativa da preocupação de estabilidade neste setor a criação da União Bancária Europeia e a aplicação progressiva dos mecanismos únicos de supervisão e de resolução para as instituições de crédito.

Os elementos objetivos e subjetivos integradores do conceito de auxílio do Estado vêm, desde logo, elencados no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE⁴, que dispõe: *“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”*

Assim, os segmentos do conceito são os seguintes: (i) Medidas que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros; (ii) Concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais; (iii) Independentemente da forma que assumam; (iv) Que falseiem ou ameacem falsear a concorrência; (v) Favorecendo certas empresas ou certas produções.

Para que possamos estar perante um auxílio estatal incompatível com o mercado interno e, em consequência, proibido pelo direito comunitário, é necessária a verificação cumulativa de todos estes elementos.

Cumpre, desde logo, analisar isoladamente cada um desses elementos.

2.1. Autoria

Quanto à autoria ou iniciativa de concessão do auxílio, o artigo 107.º adota um critério preferencialmente económico, em detrimento do critério orgânico ou institucional, ao determinar como elemento relevante a qualificação dos recursos económicos como públicos, assim estendendo a possibilidade de autoria da concessão do auxílio a entidades que organicamente não se enquadram na estrutura do Estado ou, concretamente, da Administração Pública.

Tal fator alarga a possibilidade de enquadramento na previsão normativa a entidades que têm natureza privada, desde que os recursos em causa sejam públicos, independentemente da origem ou finalidade dos recursos públicos que lhes estão afetos, e da forma que assumem⁵.

O foco que é atribuído à qualificação dos recursos, em oposição à menor relevância da qualidade jurídica da entidade que os concede sob a forma de auxílio, é determinante para, quanto às pessoas de direito privado potencialmente abrangidas pela letra da lei, identificar os recursos que essas entidades gerem como intermediários do Estado, daqueles que eventualmente são ativos provenientes da sua atividade privada. Apenas os recursos materialmente provenientes de meios públicos serão considerados para efeitos de concessão de um auxílio do Estado, independentemente da natureza jurídica da entidade que,

4. Na redação dada pelo Tratado de Lisboa.

5. Em regra, as entidades privadas que gerem meios estatais estarão afetas a fins de interesse público, como são exemplo as IPSS ou Associações privadas a quem foi reconhecido o estatuto de utilidade pública e que gozam de financiamento ou outros benefícios concedidos pelo Estado.

naquele momento, executa a sua gestão.

Ao referir-se a “Estado”, como identificação da atribuição da origem dos recursos envolvidos, o legislador refere-se quer dos órgãos de soberania, quer a qualquer órgão funcional da Administração Pública, direta, indireta e autónoma dos Estados-Membros da União Europeia vinculados ao cumprimento do Tratado.

A opção legislativa pela necessidade de que a proveniência do auxílio seja estatal, independentemente de quem execute a gestão dos meios em causa, é corolário do princípio de não interferência do Estado direta ou indiretamente na concorrência entre as empresas. A mecânica de realização de fins públicos é, atualmente, partilhada em variados setores de atividade com entidades privadas, como opção de cumprimento mais eficiente desses fins, e como tal, a rede de gestão de valores públicos é cada vez mais complexa, permitindo que o Estado utilize intermediários para a execução do fim público.

É, portanto, a natureza pública dos meios empregues no auxílio que permite preencher a definição legal de auxílios do Estado, e não a natureza jurídica da entidade que o concede. Sob o ponto de vista da autoria subjetiva, por presunção natural se qualificam quaisquer meios geridos pelo Estado como públicos; e quanto às entidades privadas, ainda que relacionadas contratualmente com o Estado, estão abrangidas pela previsão normativa quanto aos recursos estatais que se encontram sob a sua gestão, independentemente da forma jurídica que essa gestão assuma.

2.2. Destinatários

No que respeita aos destinatários dos auxílios, os mesmos terão que ser *empresas*, ou *produções*. O conceito de empresa, tal como apresentado pela jurisprudência comunitária quanto à matéria de direito da concorrência, não coincide necessariamente com a noção adotada pela legislação comercial, uma vez que *empresa*, neste contexto, poderá incluir mais do que uma pessoa jurídica (singular ou coletiva), desde que compreenda uma unidade económica, para efeitos da atribuição do auxílio⁶. Ou seja, o fator determinante para a definição de empresa, neste contexto, será a comunhão de interesses com vista a um objetivo comum, e não a natureza jurídica da entidade beneficiária⁷.

No caso das pessoas coletivas, é também irrelevante se a titularidade do capital social é pública ou privada, porquanto poderemos estar perante situações em que o Estado se comporta como um participante no mercado⁸. Com efeito, sempre que o Estado atua como um operador no mercado, terá que cingir-se às mesmas

6. Definição adotada no ponto 11 da decisão do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12-07-1984, caso “Hydrotherm C. Andreoli” e caso C-382/99 “Países Baixos/Comissão”, 2002.

7. Caso C-222/04 “Ministero dell’Economica e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA et al.”

8. Atento o princípio de igual tratamento vertido no artigo 345.º do TFUE.

regras que um qualquer operador privado, pelo que será igualmente considerado auxílio do Estado se, por exemplo, uma empresa pública ou uma empresa detida por capitais públicos obtém uma vantagem particular. Pelo contrário, caso o Estado atue no uso de poderes públicos, através da realização de funções exclusivamente públicas (por exemplo, em tarefas como a segurança social ou a defesa), não existem operadores comparáveis no mercado, pelo que, nesses casos, não se aplica o disposto no artigo 107.º n.º 1 do TFUE⁹.

O aspeto distintivo quanto aos destinatários do auxílio é a característica da seletividade, uma vez que os auxílios do Estado são medidas particulares e concretas, direcionadas a *certos* destinatários. Uma medida é seletiva, na medida em que proporciona vantagens exclusivas a determinadas empresas ou determinados setores, em detrimento de outros. A concessão do auxílio qualifica-se, nessa dimensão, como um ato discricionário. Há, portanto, um favorecimento particular, atribuído sem um critério atendível à luz do direito comunitário.

Naturalmente que, no caso de o destinatário ser escolhido sob a forma de nomeação ou ajuste direto, existe maior probabilidade de se considerar auxílio do Estado, proibido pelo Tratado. Ao contrário, se o mesmo for selecionado por consequência de um processo de seleção ou recrutamento (por exemplo, um concurso), a sua escolha resultou de um processo competitivo com outros operadores, também concorrentes, pelo que estes casos não envolvem auxílio estatal, tal como definido no n.º 1 do artigo 107.º.

2.3. Formas ou tipos de medidas

O legislador preteriu a enumeração taxativa de formas ou tipos de ajudas que possam caracterizar-se como auxílios do Estado, ao prever que podem ser consideradas como tais quaisquer medidas, *independentemente da forma que assumam*.

Os auxílios poderão, assim, configurar-se sob a forma de atribuição de uma vantagem económica, fiscal, ou outra, quer pressuponha uma operação material positiva, como uma transferência financeira (por exemplo, um subsídio), quer represente uma redução de encargos (por exemplo, bonificação de juros, fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, ou benefícios fiscais ou para fiscais).

Sob o ponto de vista económico, geralmente distinguem-se dois tipos de subsídios, os que afetam custos variáveis (“*variable subsidy*”) e os que afetam custos fixos (“*lump-sum subsidy*”)¹⁰. Todavia, auxílio não é sinónimo de subsídio, é antes uma noção mais ampla que, como referido, inclui outro tipo de vantagens, que não constituem necessariamente uma transferência financeira. Naturalmente que, em sentido inverso, também não são consideráveis como auxílios (aqui sempre

9. Caso “Banks vs Coal Authority”, 2001.

10. NIELS, Gunnar, e outros, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, p. 407.

para os efeitos previstos no artigo 107.º) todos os subsídios, e muito menos, todo o tipo de gastos públicos. O conceito de auxílio é, pois, preenchido, atendendo ao seu conteúdo e não à forma que reveste.

A injeção de capital numa empresa poderá constituir uma forma de auxílio estatal, ocorrendo geralmente em situações em que a empresa não conseguirá, sob condições normais de mercado, recuperar o investimento, num período razoável.

A concessão de garantias pelo Estado a um privado poderá igualmente constituir um auxílio, mas mais uma vez, desde que o privado não consiga obter junto do mercado idênticas condições.

Uma das formas mais eficazes de medir a natureza da vantagem concedida – se cabe ou não na noção de auxílio do Estado – será através de um método comparativo entre as condições de investimento obtidas através do auxílio concedido pelo Estado, e aquelas que a empresa obteria em condições normais de mercado, junto de investidores privados¹¹.

Importa ter em linha de conta que tal análise comparativa se determina com o recurso a todo o mercado relevante, e não apenas a um investidor isolado, sob pena de perverter os resultados comparativos. Com efeito, a empresa que beneficia da medida, por hipótese, poderia obter igual vantagem no mercado recorrendo a vários investidores (por exemplo, no caso de empréstimo bancário, através da contração de vários créditos a diferentes instituições)¹².

Nesse caso, embora a comparação seja feita entre a aquisição da vantagem a uma entidade (Estado) em comparação com várias entidades (investidores privados), se o resultado for igual, não se poderá considerar um auxílio do Estado, atento o critério dos efeitos sobre a concorrência. Verificando-se que a empresa obteria igual apoio financeiro junto do mercado, independentemente do número de relações jurídicas necessárias para esse efeito, não se poderá considerar que a medida produz efeitos que falseiem a concorrência. A questão de saber se a empresa envolvida poderia ter obtido um determinado benefício em condições normais de mercado deve ser avaliada com base na análise do comportamento de um prudente investidor privado, ou seja, se o mesmo teria concedido esse benefício nas mesmas condições ou em condições comparáveis (teste do investidor privado, por comparação com o investidor público)¹³.

11. Tribunal Geral ordenou à Comissão, no caso “Bundesverband deutscher Banken vs European Commission”, 2010, que fizesse esta análise.

12. Caso “Helaba”.

13. SOLTÉSZ, Ulrich e VON KÖCKRITZ, Christian, *From State Aid Control to the Regulation of the European Banking System—DG Comp and the Restructuring of Banks*, European Competition Journal, 2010, p. 286.

2.4. Efeitos sobre a concorrência

Na análise dos efeitos dos auxílios do Estado sobre a concorrência, dever-se-á desde logo ter presente os elementos indicados no n.º 1 do artigo 107: *medidas que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros e que falseiem ou ameacem falsear a concorrência*.

Por princípio, encontramos-nos perante um auxílio do Estado se o mesmo produzir um efeito *que falseie* a concorrência entre as empresas, e *afete* o comércio entre os Estados-Membros.

A ponderação dos efeitos que os auxílios provocam é, naturalmente, realizada com maior dificuldade se feita em momento prévio à adoção da medida, atendendo a que *a priori* não se poderá prever, com absoluto rigor, se a mesma irá afetar de forma decisiva e relevante a concorrência ou o comércio entre os Estados-Membros. Este aspeto coloca-se como um forte entrave à adoção de soluções preventivas à violação das regras da concorrência, dificultando a regulação pelas entidades competentes.

Uma das soluções legais encontradas para minimizar este risco decorre da exigência de autorização prévia a conceder pela Comissão Europeia sobre a adoção de quaisquer medidas que se possam qualificar como auxílios do Estado. Compete à Comissão avaliar se a medida, ainda em fase de projeto, é ou não compatível com o Tratado e, em consequência, se poderá ou não ser colocada em prática pelo Estado¹⁴. Efetivamente, sob vários pontos de vista, a avaliação prévia do impacto concorrencial, através deste mecanismo, traduz-se numa melhor economia de recursos, mais celeridade processual e rentabilidade da aplicação de dinheiro público. Evita, portanto, que sejam colocadas em prática medidas ilegais, por contrárias ao Tratado, evitando em consequência todos os danos daí resultantes, designadamente, a necessidade de restituição dos valores concedidos ilegítimamente à empresa.

Esta metodologia implica necessariamente uma análise do mercado baseada no contexto económico existente à data da aplicação da medida, ou da sua proposta de aplicação, considerando tão-só os fatores que nesse momento poderão estar em jogo, e colocando para segundo plano quaisquer prognósticos sobre o futuro desenvolvimento desse contexto, ou dessa medida¹⁵. Não é relevante para efeitos de ponderação da compatibilidade da medida com o direito da concorrência quaisquer expectativas do Estado em vir a recuperar as quantias concedidas em condições futuramente mais vantajosas, por exemplo, por razões relacionadas

14. Assim decorre do artigo 2.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22-03-1999, que dispõe: “Salvo disposição em contrário dos regulamentos adotados nos termos do artigo 94.º ou de outras disposições pertinentes do Tratado, a Comissão deve ser notificada a tempo pelo Estado-membro em causa de todos os projetos de concessão de novos auxílios. A Comissão informará imediatamente o Estado-membro da receção da notificação.” e artigo 3.º: “Os auxílios a notificar nos termos do n.º 1 do artigo 2.º não serão executados antes de a Comissão ter tomado, ou de se poder considerar que tomou, uma decisão que os autorize.”

15. Caso “Cityflyer Express vs Comissão”, 1998 e caso “França vs Comissão (Stardust)”, 2002.

com as flutuações de preços.

A decisão de aplicação da medida deverá atender sempre ao momento em que a mesma é executada, porque é nesse particular contexto que a decisão de a implementar poderá conflitar com o mercado e é como tal, nesse momento, e não noutro, que é possível qualificar a decisão do Estado como um auxílio.

Naturalmente que uma análise feita *a posteriori*, alguns anos mais tarde e noutro contexto económico, poderá revelar que a empresa beneficiária do apoio estatal não desencadeou o retorno expectável, mas isso não significa estarmos perante um auxílio do Estado. As condições macroeconómicas podem ter, entretanto, evoluído de forma inesperada, a atividade da empresa ou o propósito concreto do apoio estatal poderá justificar um atraso no retorno, ou quaisquer outras alterações das circunstâncias poderão ter ocorrido.

Sendo o momento relevante para a determinação dos efeitos sobre o mercado de cada medida potencialmente abrangida pelo artigo 107.º n.º 1 TFUE a conjuntura em que a mesma é aplicada, tal não significa que os agentes responsáveis, nomeadamente os decisores políticos, não devam ter em consideração, para medidas futuras, uma avaliação histórica do sucesso ou insucesso dos apoios já concedidos.

E, por outro lado, a adequação da medida executada pelo Estado às regras da concorrência está sujeita a um acompanhamento constante, ao abrigo do princípio de cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros. À Comissão compete igualmente tramitar o processo relativo a auxílios ilegalmente concedidos e, nesse âmbito, ordenar o cumprimento de injunções de suspensão do auxílio ou a recuperação do auxílio¹⁶. De referir, quanto a este aspeto, que os procedimentos legais sobre o auxílios do Estado decorrem entre os Estados-Membros e a Comissão Europeia, sem intervenção direta do particular, facto que é revelador da dimensão política desta matéria.

Naturalmente que a avaliação do impacto na concorrência de um auxílio depende de fatores tão variados e imprevisíveis, que não permitem o conhecimento rigoroso de como se comportará a empresa beneficiária e de quais os riscos que o mesmo irá trazer para a economia. Ainda que o Estado disponha de o máximo de informação possível, o que nem sempre acontece, a forma que o Estado utiliza para conceder o auxílio ou os interesses instalados em determinados setores da atividade económica influenciam fortemente o sucesso ou insucesso da aplicação da medida.

Em todo o caso, estudos recentes têm evidenciado os efeitos positivos da perspetiva das empresas beneficiárias, que conseguiram apresentar resultados melhores quando comparadas com outras que não receberam o auxílio¹⁷.

16. Regime previsto nos artigos 10.º e seguintes do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22-03-1999, decorrente do disposto no artigo 108.º do TFUE.

17. Veja-se o estudo de Criscuolo de 2012, sobre as mudanças positivas em empresas de uma região britânica alvo de medidas de auxílios estatais, nomeadamente, no emprego e inves-

3. O princípio da proibição da concessão de auxílio

Verificados todos os elementos acima identificados, estaremos perante um auxílio do Estado, proibido, por princípio, pelo Tratado (artigo 107.º n.º 1).

A génese desta proibição encontra fundamento nos princípios de eficiência económica e iniciativa privada, que estão na base dos objetivos comunitários. São as regras de mercado subjacentes à livre concorrência que, por princípio, estabelecem as relações entre as empresas da União Europeia.

O princípio da proibição de concessão de auxílios é corolário deste paradigma, e transpõe o ideário de não intervenção do Estado na concorrência entre empresas, como presunção de que tal intervenção afetaria de forma negativa o mercado.

Todavia, relevantes necessidades de interesse público e de equidade poderão excecionalmente justificar a intervenção do Estado, utilizada como um instrumento de distribuição da riqueza, presente em políticas públicas relacionadas com o emprego, o crescimento económico e a diminuição de assimetrias regionais ou sociais. A intervenção do Estado poderá, por outro lado, justificar-se como forma de repor a eficiência económica, através da correção de falhas de mercado, como são disso exemplo as externalidades ou a assimetria de informação, para cuja solução não se mostram aptos os operadores privados¹⁸.

Neste contexto, a concessão de um auxílio irá condicionar a livre concorrência no mercado entre os operadores que, sujeitos à flutuação da oferta e da procura, passam a dispor de um incremento artificial na sua capacidade de concorrer.

Por forma a evitar a intervenção do Estado na atividade económica, por presunção de que a mesma afetará negativamente a concorrência e o mercado dos Estados-Membros, tais medidas particulares e concretas deverão ser implementadas de forma tão residual quanto possível, i.e., como último recurso quer de correção de falhas de mercado, quer de execução de políticas sociais, cujos instrumentos prioritários serão as políticas públicas, gerais e abstratas.

Mas caso sejam aplicadas medidas concretas, ao abrigo das situações excecionais previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE, essas deverão ser proporcionais aos objetivos pretendidos, nunca excedendo os meios que de forma mais eficaz e menos distorciva da concorrência os possam atingir. Tal exercício deverá ser efetuado em dois passos distintos: em primeiro lugar, dever-se-á verificar o preenchimento do conceito de auxílio do Estado e, em segundo lugar, se esse auxílio é compatível com o tratado¹⁹.

Como demonstrado *supra*, não tem particular relevância, para efeitos de determinação da legalidade do auxílio, a configuração que o mesmo assume,

timento (disponível em <http://www.nber.org/papers/w17842>).

18. CROCIANI, Pietro, *Can State Aid Policy Become more Economic Friendly?*, 2006

19. Neste sentido, BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 777.

pois é o efeito que provoca no mercado o elemento fundamental para esse juízo.

4. Serviços de interesse económico geral e critérios *Altmark*

Os n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º vêm derogar o princípio de proibição de concessão de auxílios do Estado, prevendo um conjunto de situações excecionais de compatibilidade dos mesmos com o mercado comunitário.

As exceções previstas no n.º 2 operam de forma automática, logo que verificados os pressupostos das alíneas a), b) ou c), contrariamente às que vêm previstas no n.º 3, que indiciam situações-tipo, nas quais existem fortes necessidades de interesse público na intervenção do Estado, mas que não permitem ao Estado Membro automaticamente aplicar uma medida de auxílio.

Acresce que, a Comissão Europeia está habilitada a adotar regulamentos que estabelecem a compatibilidade de determinadas categorias de auxílios com o mercado interno. Estes auxílios estão isentos da obrigação de notificação prevista no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE²⁰. A possibilidade de a Comissão estabelecer quais os auxílios que ficam dispensados da autorização prévia e que podem ser diretamente aplicados pelos Estados-Membros e pelos tribunais nacionais permite uma simplificação procedimental, e o aumento da transparência e da segurança jurídica, conferindo ao mesmo tempo um certo grau de mobilidade e flexibilidade à regulação destas matérias²¹. Os auxílios tipicamente dispensados de autorização conduzem-se à promoção das seguintes categorias: pequenas e médias empresas, investigação e desenvolvimento, proteção do ambiente, emprego e formação. Também estão incluídos os auxílios regionais, aprovados para cada Estado Membro²².

Mais recentemente, o Regulamento n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de agosto

20. Conforme foi previsto pelo Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos (anteriores) artigos 92.º e 93.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais.

21. Segundo as conclusões sobre a aplicação do regulamento de habilitação, retiradas do Relatório sobre a aplicação do Regulamento, de 2006, os resultados têm sido positivos: “A experiência demonstrou que os objetivos do Regulamento de habilitação foram amplamente alcançados, já que os Estados-Membros puderam introduzir 1300 medidas de auxílio destinadas a vários objetivos através de um procedimento simplificado. Paralelamente, verificou-se uma redução significativa do número de medidas de auxílio notificadas, o que, no entanto, apenas permitiu à Comissão fazer face ao aumento da carga de trabalho gerada pelo recente alargamento. No entanto, alguns Estados-Membros continuam a notificar medidas de auxílio que poderiam ser aplicadas ao abrigo de um RIC, principalmente por razões de segurança jurídica. Aquando da preparação da revisão dos RIC, a Comissão procurará melhorar e clarificar as várias disposições e definições e rever o âmbito de aplicação dos regulamentos, de modo a limitar ainda mais a necessidade de notificação, assegurando ao mesmo tempo que os RIC continuem a cobrir unicamente grupos de casos relativamente aos quais a Comissão pode excluir a existência de problemas de concorrência com um grau de segurança suficiente.” (disponível em <http://eur-lex.europa.eu>).

22. Artigo 1.º alíneas a) e b) do Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998.

(Regulamento Geral de Isenção por Categoria), veio declarar certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum. A Comissão enumerou nesse diploma algumas categorias que por regra visam objetivos de interesse público e que se encontram mais vulneráveis às condições de mercado ou nem sequer são por este fornecidas: o ambiente, a equidade regional e social, o emprego, as pequenas e médias empresas, a energia, o transporte, a igualdade de género ou em função da idade. Os investimentos públicos nestas áreas ou em outras similares são por regra permitidos pela Comissão, nos termos do Regulamento e do Tratado. Naturalmente que, ainda que dentro destas categorias, não se opera um automatismo completo na isenção de autorização pela Comissão, uma vez que o Estado que concede a medida sempre terá que fazer cumprir os requisitos necessários à legalidade da mesma, em face das normas do direito da concorrência. Sendo que o Regulamento prevê mecanismos de controlo, designadamente, ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento, o Estado tem 20 dias para informar a Comissão da sua medida de auxílio, assim como se encontra vinculado a outras regras de publicidade.

As situações elencadas no n.º 2 e 3 do artigo 107.º do TFUE enquadram-se em critérios semelhantes de interesse público, visando proteger bens jurídicos particularmente atribuídos às funções do Estado, como a igualdade, a distribuição equitativa de recursos, a proteção civil, a cultura e o património, ou o desenvolvimento económico equilibrado.

As derrogações automáticas, previstas no n.º 2, incluem (a) auxílios de natureza social, atribuídos a consumidores individuais, sem discriminação ligada à origem dos produtos em causa, (b) auxílios concedidos para remediar danos causados por calamidades naturais ou outras ocorrências extraordinárias, e (c) auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha, afetadas pela divisão da Alemanha.

Quanto às derrogações não automáticas, elencadas no n.º 3, as mesmas dizem sobretudo respeito a situações de promoção do desenvolvimento económico regional, fomento do emprego e de certas atividades económicas, sanção de graves perturbações da economia de um Estado Membro, promoção da cultura e conservação do património ou destinadas a categorias de auxílios especificadas por decisão do Conselho.

A característica distintiva desses serviços é a sua não providência pelo mercado, de forma a acautelar a defesa de bens jurídicos coletivos, como a equidade, a justiça e a igualdade. Pelo que, terá que ser o Estado a providenciar pelo seu fornecimento, em grau e amplitude variáveis, de acordo com a política concreta que é implementada pelo Estado. Ora, têm em comum estes serviços o carácter de interesse público, pese embora visem atingir fins tão distintos como o equilíbrio geográfico e social, o fomento da economia ou o bem-estar da população, ainda que tais investimentos se desenvolvam de forma a não serem comercialmente viáveis e impliquem o não retorno financeiro.

É largamente defendido que determinadas funções devem ser executadas pelo

Estado, sob pena de esgotamento do seu papel promotor dos valores coletivos e de reposição da justiça social que o mercado não tem em conta no seu funcionamento.

Esta interferência é, todavia, necessariamente proporcional aos objetivos visados, sem colocar definitiva ou determinadamente em causa o princípio da livre concorrência, plasmado nos Tratados europeus. A regra de proibição da concessão de auxílios a empresas privadas é corolário dessa visão e, como tal, apenas em situações de interesse público excecional poderá legalmente um Estado selecionar um beneficiário para a execução desses serviços.

Os auxílios destinados a serviços de interesse económico geral foram alvo de uma Decisão da Comissão, de 28 de novembro de 2005, concretizando o previsto no artigo 106.º do TFUE (antigo artigo 86.º). Encontram-se igualmente isentos de notificação prévia à Comissão (artigo 3.º), e têm como campo de aplicação todas as atividades que se enquadrem nos termos do artigo 2.²³.

Paradigmático desta definição foi o julgamento no caso *Altmark*²⁴, através do qual o Tribunal definiu quatro critérios fundamentais para a identificação de medidas que visam a execução de políticas de interesse económico geral, mas que, caso se encontrem reunidos, não colocam em causa o princípio da não concessão de auxílio do Estado. São eles:

- 1) Em primeiro lugar, a empresa beneficiária

23. “1.A presente decisão é aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a empresas relativamente a serviços de interesse económico geral, tal como referidos no n.º 2 do artigo 86.º do Tratado, que se enquadram numa das seguintes categorias: a) As compensações de serviço público concedidas a empresas cujo volume de negócios médio anual, antes de impostos e relativo a todas as atividades, não tenha atingido um total de 100 milhões de euros durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral e cujo montante anual de compensação do serviço em causa seja inferior a 30 milhões de euros; b) As compensações de serviço público concedidas a hospitais e a empresas de habitação social que realizam atividades qualificadas como serviços de interesse económico geral pelo Estado-Membro em causa; c) As compensações de serviço público concedidas para as ligações aéreas ou marítimas com ilhas que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 300 000 passageiros durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral; d) As compensações de serviço público concedidas a aeroportos e portos que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 1 000 000 de passageiros no que se refere aos aeroportos e 300 000 passageiros no que se refere aos portos, durante os dois exercícios precedentes ao da atribuição do serviço de interesse económico geral. O limiar de 30 milhões de euros previsto na alínea a) pode ser determinado utilizando uma média anual que represente o valor das compensações concedidas durante a vigência do contrato ou durante um período de cinco anos. No que se refere às instituições de crédito, o limiar do volume de negócios de 100 milhões de euros é substituído por um balanço total de 800 milhões de euros.

2.No domínio dos transportes aéreos e marítimos, a presente decisão só se aplica aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a empresas relativamente a serviços de interesse económico geral, tal como referidos no n.º 2 do artigo 86.º do Tratado e, quando aplicável, em conformidade com os Regulamentos (CEE) n.º 2408/92 e (CEE) n.º 3577/92 do Conselho.”

24. Caso “*Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark*” 2003.

deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas;

2) Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes. Assim, a compensação por um Estado-Membro dos prejuízos sofridos por uma empresa sem que os parâmetros dessa compensação tenham sido previamente estabelecidos, quando se revela *a posteriori* que a exploração de determinados serviços no cumprimento de obrigações de serviço público não foi economicamente viável, constitui uma intervenção financeira abrangida pelo conceito de auxílio estatal, na aceção do artigo 107.º n.º 1 do Tratado;

3) Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável;

4) Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efetuada no âmbito de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a coletividade, o nível da compensação necessário deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

Assim sendo, não estaremos perante um auxílio proibido pelo Tratado, caso a medida cumpra os quatro critérios *Altmark*, que, para a jurisprudência comunitária, funcionam como um guia de avaliação nesta matéria.

Não obstante, algumas críticas têm sido levantadas contra esta metodologia, que alguns agentes públicos tendem a considerar demasiado restritiva, ao ponto de raramente se poderem reunir todos os requisitos e de, por conseguinte, ser quase impossível afastar a proibição de concessão do auxílio através dos mesmos. A Comissão tem interpretado estes critérios de forma estrita, garantindo assim um

maior controlo na avaliação das medidas adotadas pelos Estados-Membros.

Relativamente ao primeiro critério, é necessário o preenchimento de dois requisitos: o serviço deve ter um âmbito universal e os preços devem ser uniformes e razoáveis para o consumidor. Estes elementos são justificados por razões de equidade social, um dos fatores que pesa na balança para a admissão de determinadas medidas concretas de interesse público. Geralmente, estão em causa bens e serviços considerados básicos ou essenciais à população, e cujo risco pelo não fornecimento (por vezes pelos custos associados) pelo mercado excede o desejável pela sociedade quanto ao bem-estar geral. São bens ou serviços cujo consumo individual não afeta o consumo por terceiros, ou seja, que não são exclusivos mas universais, como é disso exemplo a segurança pública ou a defesa pelas forças armadas.

Ocorre que muitas vezes estes serviços são prestados através de monopólios públicos, como é o caso, em muitos países, dos serviços postais, de fornecimento de água ou de eletricidade. Nestes casos, o cumprimento do requisitos de universalidade dos preços e do público abrangido não representa uma dificuldade, porquanto se trata de uma única empresa a fornecer para todo o mercado, sem outra opção para os consumidores. Poderá, contudo, verificar-se a introdução de fatores diferenciadores quanto ao público a abranger e quanto aos preços a praticar, por causa de objetivos de interesse público justificados. Designadamente, quanto à necessidade de diferenciar os preços respeitantes a diferentes zonas do país que, por motivos de assimetrias geográficas, demográficas, sociais ou económicas, se revele uma prioridade política, fundamentada à luz dos critérios acima enunciados.

É, portanto, essencial que o interesse público do bem ou serviço alvo da medida pública esteja devidamente caracterizado e definido, assim como, os métodos de cálculo das compensações que devem ser entregues à entidade autora da medida.

Por outro lado, haverá sempre que coordenar a análise deste critério com os elementos que definem o conceito de auxílio do Estado, especialmente quando se aferem os pressupostos da proporcionalidade e do carácter residual da medida: ela deverá corresponder à forma estritamente necessária a cumprir com os objetivos traçados e deverá ser a única forma de os alcançar. Os mesmos critérios deverão ser aplicados ao cálculo da compensação, que não poderá exceder o estritamente necessário a cobrir os custos incorridos com as obrigações assumidas pelo Estado, sob pena de se distorcerem os parâmetros de serviço público.

A proporcionalidade da medida significa ainda, de modo mais amplo, que o custo global para a economia não deve refletir um efeito negativo tal que proporcione uma dificuldade excessiva para o restabelecimento das relações normais entre os operadores e os consumidores, ou entre os operadores entre si, quando o auxílio se esgotar e se operarem as compensações devidas. Tal facto poderá determinar que o auxílio não cumpre com o requisito de verdadeiro interesse público, na medida em que irá provocar um efeito quase sistémico no mercado e cuja reposição não irá recuperar verdadeiramente a situação concorrencial que existia

ou existira sem a concessão da medida.

A justificação para a aplicação da medida poderá, assim, ter por base razões económicas, como a correção de externalidades. Ou razões não-económicas, como a autonomia nacional. Um dos principais fundamentos da intervenção do Estado a este nível relaciona-se com a defesa de políticas comerciais de elevada importância para o país, cujo desenvolvimento industrial, designadamente, apresenta benefícios de ordem geral com uma importância estratégica indispensável.

No que concerne ao segundo critério *Altmark*, os parâmetros de compensação devem estar previamente definidos, de forma a potenciar a transparência do processo.

Foi neste âmbito publicado o Enquadramento Comunitário dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2005/C 297/04), que veio auxiliar na concretização de alguns aspetos, designadamente sobre a forma e cálculo da compensação.

Com efeito, a transparência é um dos elementos essenciais para que as expectativas de ambas as partes (o Estado e a empresa beneficiária) possam ser correspondidas de modo objetivo, criando maior segurança nas relações estabelecidas entre si. Por isso, os parâmetros da compensação devem estar definidos desde o início, com o máximo nível de rigor e de clareza, especialmente no que respeita aos valores e prazos em causa. Este aspeto assume maior relevância quanto às medidas que se prolonguem no tempo, e cujos custos vão sendo gradualmente mais difíceis de calcular.

O terceiro critério implica que a compensação não exceda o necessário para cobrir os custos incorridos no cumprimento das obrigações de serviço público, aplicando uma vez mais o princípio da proporcionalidade, ao nível da compensação. Os pressupostos de adequação das compensações foram definidos pela Comissão na referida Decisão de 28 de Novembro de 2005, sobre a aplicação do artigo 106.º do TFUE.

Os três primeiros critérios apresentam, apesar de tudo, algum nível de discricionariedade, que é permitido pela Comissão aos Estados-Membros. Ao contrário, o quarto critério apresenta um desafio maior para os Estados, segundo o qual, é necessária uma análise comparativa, exercício esse de especial complexidade. Os negócios que implique em elevado risco tendem, por isso, a colocar maiores dúvidas à Comissão²⁵.

Em primeiro lugar, resulta claro que para o TJUE a atribuição de uma missão de serviço público por meio de um concurso público é a solução preferível com vista ao estabelecimento de uma compensação em conformidade com o Tratado. Uma vez escolhido o prestador do serviço mediante um concurso público, há

25. NICOLAIDE, Phedon, *The Incentive Effect of State Aid: Its Meaning, Measurement, Pitfalls and Application*.

uma presunção de que a operação trará menores custos para o Estado, e será efetuada de modo mais transparente.

A adoção deste critério pelo Tribunal coincide com a política seguida pela Comissão, que defende a contratação pública, através de mecanismos concorrenciais, mesmo no que respeita a operações de privatização de empresas públicas.

Tal presunção significa que caso um concurso público preencha determinados critérios mínimos, previamente definidos à luz das normas de direito da concorrência, a Comissão presume que a compensação corresponde ao preço de mercado e não inclui elementos de compensação excessiva, praticado no mercado relevante.

Outro elemento especialmente importante na análise do quarto critério será a necessidade de o Estado optar pelo candidato que possa praticar o melhor preço, pelo serviço prestado. Face a este requisito, a Comissão considera que o concurso deverá ser tão universal e abrangente quanto possível, não se podendo excluir novos fornecedores, por exemplo, discriminando-os em razão da nacionalidade²⁶.

A escolha do beneficiário por concurso público não é, contudo, garantia da exclusão de auxílio do Estado, para os efeitos do artigo 107.º n.º 1 do TFUE. Desde logo, porque atender unicamente ao requisito do menor preço muitas vezes não permite uma escolha mais vantajosa para os objetivos pretendidos, o que torna mais complexa a análise. A Comissão não exclui a hipótese de em determinados casos ser preferível atender a critérios de qualidade, ou outros relacionados com a capacidade de prestar o serviço de forma universal. O critério do fornecimento nas melhores condições, ainda que não corresponda ao preço mais baixo, pode ser atendido na escolha da empresa²⁷. Em todo o caso, por regra é mais fácil identificar a existência de um auxílio proibido no âmbito de um procedimento concursal.

A segunda forma de preenchimento do quarto critério, que implica uma análise comparativa com outros operadores no mercado, representa ainda maiores dificuldades para a Comissão, pelo maior grau de imprevisibilidade que acarreta. Este representa o *critério da eficiência*, que deve ser avaliado com base no princípio de que a compensação não poderá exceder os custos que são suportados pela medida e, ainda, que não é permitida qualquer compensação extra para cobrir os custos inflacionados de uma empresa ineficiente. Caso estejamos perante uma empresa monopolista, este critério torna-se ainda mais difícil de preencher, visto não existir termo comparativo no mercado²⁸.

26. Decisão da Comissão de 26 de Novembro de 2008, “sobre o auxílio estatal C 3/08 (ex NN 102/05) — República Checa relativo a compensações de serviço público para empresas em autocarros da Morávia do Sul”, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

27. Decisão da Comissão, de 3 de Maio de 2005, “State aid N 382/2004 Broadband infrastructure project Limousin (Dorsal)”.

28. Decisão da Comissão, de 26 de Novembro de 2008, “state aid granted by Austria to the Company Postbus in the Lienz District C 16/07”.

5. A regra de *minimis*

A regra de *minimis* foi estabelecida pelo Regulamento (CE) n.º 69/2001²⁹, com o propósito de tornar isentas as subvenções de montante reduzido, criando-se a presunção legal de que as mesmas são compatíveis com o Tratado, em função do baixo impacto financeiro que representam para o Estado. Este critério estabelece um limiar abaixo do qual o auxílio não é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 107.º e, por conseguinte, não está sujeito ao procedimento de notificação do n.º 3 do artigo 108.º, podendo ser diretamente aplicado pelo Estado-Membro.

O n.º 3 do artigo 108.º do Tratado estabelece a obrigação de notificação dos auxílios estatais à Comissão, a fim de estabelecer a sua compatibilidade com o mercado comum segundo os critérios do n.º 1 do artigo 107.º do Tratado. Certas categorias de auxílios podem, no entanto, ser isentas da obrigação de notificação.

O Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro de 2006, veio atualizar as regras de *minimis*, no seguimento da competência prevista no Regulamento (CE) n.º 994/98, que confere à Comissão poderes para fixar um limiar abaixo do qual se considera que as medidas de auxílio não preenchem todos os critérios enunciados no n.º 1 do artigo 107.º do Tratado, pelo que não ficam abrangidas pelo procedimento de notificação previsto no n.º 3 do artigo 108.º do Tratado.

Segundo os critérios estabelecidos no Regulamento, os auxílios concedidos num período de três anos (três exercícios fiscais) e que não excedem um limiar de 200.000 euros não são considerados auxílios do Estado, nos termos definidos no n.º 1 do artigo 107.º, não sendo, portanto, proibidos pelo Tratado.

O limiar regra era inicialmente de 100.000 euros, aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 69/2001, tendo sido agora duplicado, o que se justifica pelo aumento da inflação e pelo crescimento do PIB na Comunidade.

O Regulamento é claro quanto à sua aplicação exclusiva aos auxílios transparentes, ou seja, aqueles que são passíveis de cálculo prévio e cujo montante encontra-se definido de forma precisa, sem que exista necessidade de proceder a uma avaliação do risco. São eles, designadamente, os auxílios que consistem em empréstimos, sempre que o seu montante é calculado com base nas taxas de juros do mercado em vigor no momento da concessão do auxílio; os auxílios que consistem em injeções de capitais, se o montante total da injeção de capitais públicos for inferior ao limiar de *minimis*; os auxílios que consistem em medidas de capital de risco, se, no âmbito do regime de capital de risco em causa, a injeção de capitais a cada empresa beneficiária não for superior ao limiar de *minimis*; os auxílios que consistem em garantias de empréstimos, sempre que a garantia do empréstimo não for superior a 1,5 milhões de euros (ou a 750.000 euros no que se refere ao setor dos transportes rodoviários). Os países da União Europeia podem, porém, conceder garantias de empréstimos sobre montantes superiores a

29. Após a Comunicação da Comissão relativa aos auxílios de *minimis* de 6-3-1996.

1,5 milhões de euros provando, segundo uma metodologia aceite pela Comissão, que o elemento de auxílio contido na garantia não excede 200.000 euros.

Estão previstas regras especiais para alguns setores. O limite máximo da subvenção para uma empresa do setor dos transportes rodoviários é de apenas 100.000 euros, e estão excluídas da regra de *minimis* algumas categorias, como a pesca e a aquicultura, a produção primária dos produtos agrícolas, os auxílios a atividades relacionadas com a exportação, os auxílios subordinados à utilização de produtos nacionais, o setor do carvão, os auxílios destinados à aquisição de veículos de transporte rodoviário e os auxílios às empresas em dificuldade.

Este critério flexibiliza a concessão de subvenções, enquadrando-se no Plano de Ação apresentado pela Comissão para uma reforma elaborada para o período de 2005 a 2009 e que visava a reforma das políticas de concessão dos auxílios estatais, para concretização dos objetivos traçados na Estratégia de Lisboa. Os principais fins desta reforma visaram a criação de mecanismos mais eficazes na no controlo das ações dos Estados que ameacem o mercado concorrencial e, ainda, permitir que os auxílios fossem um verdadeiro instrumento para o fomento da economia, a criação de emprego e a competitividade na indústria europeia.

Atualmente encontra-se em vigor o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, que manteve os montantes limite já previstos. Este diploma veio contudo esclarecer algumas questões, nomeadamente no que respeita aos setores excluídos e à clarificação exaustiva dos critérios que sustentam a aplicação do Regulamento.

A fim de determinar se um auxílio é ou não compatível com o Mercado Comum é necessário tomar em consideração a intensidade do auxílio e, por conseguinte, o montante do auxílio. Nessa apreciação, deve atender-se ao montante a desembolsar pelo Estado, a que acresce os juros calculados à taxa prevalecente no mercado aquando da concessão. Estas taxas de juro de referência são periodicamente fixadas pela Comissão, em regra anualmente, e são comunicadas aos Estados-Membros através de carta da DG Concorrência³⁰.

6. Os Auxílios do Estado no contexto político e económico atual

A Comissão definiu três princípios primordiais, que deverão estar na base da execução de medidas estatais que protejam empresas em dificuldades financeiras: i) o restabelecimento da viabilidade da empresa a longo prazo, após a conclusão da ajuda do Estado; ii) a medida deve distorcer o menos possível a concorrência; e iii) deve assegurar uma partilha de responsabilidades com a empresa beneficiária, que deve contribuir para a sua reestruturação com meios próprios.

30. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

No seu Guia sobre Auxílios do Estado para Resgate e Reestruturação de Empresas em Dificuldade de 2004, a Comissão identificou algumas razões para a intervenção do Estado, com vista a salvar empresas em dificuldades, entre as quais, a adoção de políticas sociais ou regionais, a necessidade de proteger e incentivar o crescimento das pequenas e médias empresas (PME's) ou a opção política em salvaguardar a estrutura de determinado mercado competitivo, por existir o risco de constituição de uma situação de monopólio ou de oligopólio.

Com efeito, este particular tipo de apoios estatais enquadra-se nas situações visadas pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º do Tratado, na medida em que se configuram como exceções à proibição da concessão de auxílios do Estado. São, pois, situações de excecional necessidade de intervenção, ou porque a ajuda impulsionará determinado setor estratégico, ou porque a não intervenção iria provocar um maior dano para a economia e, até, para a livre concorrência no mercado, do que a intervenção.

O carácter temporário desta intervenção é, tal como acontece nas restantes ajudas estatais permitidas pelo Tratado e pelos Regulamentos, um dos aspetos que melhor defende o restabelecimento da situação normal do mercado, aquando do término da intervenção. Muitas vezes acontece que a intervenção não visa salvar a empresa do encerramento, mas antes, conceder meios para que a sua liquidação se efetue com o menor custo possível para si e para os utilizadores do serviço.

Naturalmente que não se consideram medidas que artificialmente mantenham uma empresa que não tem qualquer viabilidade ou interesse económico estratégico, uma vez que os custos de tal intervenção seriam desproporcionalmente superiores à sua saída do mercado. Tal avaliação é, de resto, efetuada nos termos já acima referidos, cujo impacto relevante no tempo se verifica ao momento da concessão do apoio, e não *a posteriori*.

Ora, a determinação pelo que se possa designar como empresa de interesse estratégico, ou cuja salvação é essencial para a economia do Estado-Membro implica, antes de mais, uma consideração política, atento o contexto que a cada momento se impõe. Por isso, este tipo de apoios são decisivamente intrusivos no comportamento normal do mercado, e geralmente constituem mecanismos políticos de salvaguarda de interesses superiores, como a manutenção de postos de trabalho ou a radicação de populações no interior do país ou em zonas desertificadas. Os princípios estruturais que por regra fundamentam estas decisões encontram acolhimento em normas constitucionais e nos direitos fundamentais, a cuja defesa em favor dos cidadãos se encontra o Estado vinculado.

O contexto económico que hoje é vivido no seio da União Europeia proporciona que alguns setores económicos antes viáveis e prósperos, se encontrem em maiores dificuldades, como é o caso do setor bancário. A crise financeira, especialmente agravada entre 2008 e 2011, conduziu a uma maior instabilidade nos mercados financeiros e em muitas situações à falência de bancos nacionais, e consequente criação de riscos sistémicos.

A fim de salvaguardar a economia nacional e da União, neste período muitos Estados-Membros procederam ao resgate de bancos em iminência de falir, operando uma intervenção direta estatal, que se traduziu quer em injeção de capital e financiamento, quer na nacionalização do capital. Mais do que nunca, as decisões políticas que se traduziram na concessão destes apoios públicos vieram a repercutir-se no normal funcionamento dos mercados envolvidos, atenta à forte intervenção do Estado que, caso não existisse, víriamos a assistir à saída do mercado de centenas de instituições privadas. Os auxílios concedidos pelos Estados-Membros implicaram o dispêndio, só no ano de 2010, de € 1.18 triliões, o que corresponde a 9,6% do PIB da UE³¹. E entre 2008 e 2011, foram gastos € 1.60, valor correspondente a 13% do PIB, em medidas urgentes de salvação de bancos nacionais, com o objetivo imediato de proteção dos depositantes³².

A atual crise económica, desencadeada pelo colapso do setor imobiliário americano de 2007, atingiu o ponto decisivo em Setembro de 2008, momento a partir do qual caíram abruptamente os preços das ações das empresas cotadas em bolsa, diminuiu drasticamente o consumo e o investimento e aumentou o incumprimento por parte dos particulares, incapazes de suportar os créditos que haviam contraído nos anos precedentes. A crise do setor financeiro depressa se tornou numa crise económica generalizada, por força do efeito sistémico que o colapso no sistema bancário provoca na economia.

Historicamente, em períodos de crise financeira, os Estados tendem a suprimir mais acentuadamente as regras da concorrência e a conceder um maior volume de ajudas às empresas em dificuldade. Tal prática cria maiores dificuldades na retoma do normal funcionamento dos mercados, provocando também maior instabilidade e incerteza nas entidades envolvidas, quer sejam empresas, investidores, contribuintes, consumidores ou trabalhadores³³.

Muitas medidas foram adotadas de modo urgente, mediante a invocação de circunstâncias excepcionais, de modo a permitir uma atuação rápida pelos Estados-Membros, em especial no que se refere à emergência financeira do setor bancário.

Simultaneamente a tais exigências no auxílio a empresas no contexto da crise económica, cresce também a pressão sobre os orçamentos dos Estados-Membros em corresponder, com meios cada vez mais escassos, a políticas de austeridade e à consolidação orçamental, o que provoca um esforço redobrado das finanças públicas.

A Comissão Europeia vem dando resposta às crescentes necessidades de estruturação deste tipo de auxílios circunstanciais e resultantes de uma crise

31. CRISCUOLO, Chiara, e outros, *The Causal Effects of an Industrial Policy*, NBER working paper series, 2012, in <http://www.nber.org>.

32. http://ec.europa.eu/economy_finance/explained/the_financial_and_economic_crisis/responding_to_the_financial_crisis/index_en.htm.

33. Ver análise da Comissão Europeia em <http://ec.europa.eu/competition/recovery/index.html>.

económica generalizada. Por outro lado, têm sido dados importantes passos para a criação de um sistema que proporcione aos Estados-Membros e aos órgãos comunitários uma resposta mais eficaz e menos onerosa em crises futuras, o que se pretende alcançar, designadamente, com a União Bancária Europeia, os instrumentos recentemente criados (Mecanismo Único de Supervisão e Mecanismo Único de Resolução) e o reforço das competências próprias do Banco Central Europeu em matéria de supervisão bancária, quanto às principais instituições bancárias da UE. Estes mecanismos pretendem sobretudo consolidar o papel dos órgãos europeus na prevenção de catástrofes financeiras similares à que se verificou em 2008 e, caso ocorram, transferir a maior fatia do risco para os acionistas dos bancos em crise, protegendo os depositantes e os contribuintes.

Em Maio 2012 foi publicada a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais”³⁴, enquadrada no programa estratégico “Europa 2020”. Nela encontram-se definidas as prioridades na retoma de níveis estáveis de emprego e crescimento, através da consolidação de uma economia europeia mais sustentável. Os auxílios estatais desempenham agora e desempenharão no futuro um papel essencial na concretização desses objetivos, como instrumentos para i) promover o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial; ii) centrar o controlo *ex ante* da Comissão nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados-Membros para efeitos de aplicação da legislação no domínio dos auxílios estatais; iii) simplificar as regras e acelerar o processo de tomada de decisões³⁵.

Os auxílios do Estado podem traduzir-se num benefício à economia caso sejam utilizados de forma eficiente e em pleno cumprimento com as normas comunitárias, especialmente no fomento da inovação, tecnologia e sustentabilidade ecológica. Por outro lado, um uso eficiente deste mecanismo proporcionará uma maior proteção às finanças dos Estados-Membros e uma moderação controlada na despesa pública, para que os recursos dos Estados sejam investidos em setores estratégicos com vista ao crescimento.

O papel das instituições europeias como forma de regular de modo mais rigoroso a atribuição dos auxílios estatais tem sido apontado como um dos caminhos para o uso mais criterioso das finanças dos Estados-Membros. Não só através de mecanismos de prevenção de novas situações de crise, como também através da criação de estruturas mais céleres e eficazes na resposta a situações de crise, caso os mecanismos de prevenção não sejam suficientes para evitar novo colapso.

A crise financeira veio lançar importantes desafios quer para as instituições europeias, quer para as relações políticas, económicas e institucionais destas

34. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

35. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais”, em <http://eur-lex.europa.eu>.

com os Estados-Membros, que viram crescer no seu seio fortes movimentos antieuropeístas, eurocéticos e nacionalistas. A crise financeira motivou hoje uma verdadeira crise política.

Tal contexto é também propício a um aumento de aproveitamento pelas empresas em dificuldade, que tentam lucrar com as ajudas estatais, para ultrapassar dificuldades financeiras que não têm origem na crise. Por outro lado, alguns Estados podem ver-se tentados a subtrair fortemente a concorrência em determinados setores, incrementando o volume de auxílios concedidos, sem uma ponderação devida sobre os efeitos que os mesmos trarão no futuro. Importa ter presente que o que está verdadeiramente em causa já não é apenas a concorrência entre empresas individualmente consideradas, mas as economias nacionais.

Tais fatores contribuem para que a Comissão eleve o controlo sobre os auxílios concedidos pelos Estados, ainda que caiba a estes, em primeira linha, a decisão de os aplicar, o que ocorreu desde logo e de forma urgente quanto às medidas a adotar para o setor bancário, consideradas prioritárias em 2008 e 2009³⁶.

Será que tal tem acontecido com eficácia? A modernização das regras sobre auxílios estatais, preconizada pela Comissão nas suas linhas orientadoras de 2012³⁷, indicia a necessidade de atribuir um maior nível de responsabilidade aos Estados-Membros, associada à desburocratização de procedimentos e a ampliação do leque de medidas isentas de notificação prévia. Tal alteração de paradigma visou sobretudo a criação de uma melhor cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros, e de um compromisso de confiança entre as várias entidades envolvidas.

Se por um lado, a descentralização das competências de fiscalização sobre a aplicação das regras de auxílios do Estado parece ser benéfica e um objetivo a prosseguir para uma melhor utilização de bens e diminuição de custos administrativos, por outro lado, tal implica permitir que sejam os Estados-Membros a, por regra, tomar a decisão de concessão do auxílio, com pouco controlo prévio pela Comissão. Este equilíbrio de forças é fundamental para a construção de um sistema mais equitativo, concorrencial e rigoroso.

Face às circunstâncias motivadas pela crise, a Comissão vem adotando um papel cada vez mais ativo no que concerne às questões de concorrência, tendo passado de um mero regulador para um interveniente nos destinos económicos da UE, usando mecanismos cada vez mais céleres e de avaliação contínua. O maior desafio que se apresenta no futuro à Comissão, aos tribunais e aos Estados-

36. Comunicação da Comissão sobre a Aplicação das regras sobre os auxílios do Estado a medidas relacionadas com as instituições financeiras, no contexto da atual crise financeira global, Outubro de 2008; Comunicação da Comissão sobre a Recapitalização das instituições financeiras na atual crise financeira, Dezembro de 2008; Comunicação da Comissão sobre o Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica, de Dezembro de 2008; Comunicação da Comissão sobre o Tratamento dos ativos depreciados no sector bancário da Comunidade, de Fevereiro de 2009.

37. Comunicação da Comissão sobre a Modernização dos Auxílios do Estado na UE, 2012.

Membros no que respeita à concessão de auxílios estatais será a adequação das iniciativas e dos compromissos alcançados no período de crise económica a períodos de pós-crise e de estabilidade económica, o que será decisivo para que os auxílios se mantenham compatíveis com o princípio económico fundamental que está na génese da criação da Comunidade Europeia: a livre concorrência.
